Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

„dieſe Folge, ohne Rückſicht auf den innern Gehalt „der Gründe, welche den Eidesweigernden zu ſeiner „Weigerung beſtimmt haben mögen, ſogleich mit der „erklärten Eidesverweigerung ein. Von ſelbſt verſteht es „ſich jedoch, daß die Geltendmachung etwaiger Reſti„tutions- oder ſonſtiger beſondrer Rechtsgründe, zum „Zweck der Abwendung oder Aufhebung der Folgen „ſolcher Eidesweigerung, nicht ausgeſchloſſen iſt."

III.

Ueber das depositum irregulare.

Von

Herrn **Dr. A. C. J. Schmid**,
Privatdocenten an der Univerſität zu Kiel.

Wenn der Verfaſſer des vorliegenden Aufſatzes die Lehre vom depositum irregulare hier zu erörtern unternimmt, ſo darf er dabei den Vorwuef nicht beſorgen, eine vielfach behandelte und zur Klarheit und Entſchiedenheit gebrachte Lehre einer Reviſion unterworfen zu haben [1]). Von der Wichtigkeit dieſer Lehre dagegen haben den Verfaſſer mehrere prac-

1) Die Literatur dieſer Lehre iſt unbedeutend. Die dieſem Gegenſtande beſonders gewidmeten Schriften ſind: Dr. Nettelbladt, comm. de deposito irregulari, 1750; Hartung (Pr. Henne), de dep. irreg., 1753; Dedekinel, comm. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, etc., 1753; Zoller, quaestio juris controversi: an detur depositum irregulare? 1775; Oelrichs, diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis, 1777. Außerdem iſt die Lehre vom irregulären Depoſitum ausführlicher erörtert in Glück's Comm. XV, §. 940, und von Neuſtetel, in deſſen und Zimmern's römiſchrechtl. Unterſuchungen, Nr. 1. Die Unterſuchungen, welche wir in den angeführten Schriften finden, haben aber weder zu einem befriedigenden, noch zu einem erſchöpfenden Reſultate

tische Fälle, welche die nächste Veranlassung zur Bearbeitung dieser Materie gaben, überzeugt. Er übergibt den vorliegenden civilistischen Versuch dem juristischen Publicum in der Erwartung, die Lehre, welche den Gegenstand desselben bildet, der Wahrheit näher gefördert zu haben.

Gehen wir dabei zunächst von dem eigentlichen Depositum aus, so begründet dasselbe für den Depositar theils die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung der deponirten Sache, theils die zur Restitution derselben in eadem specie. Dabei ist derselbe nur für dolus und culpa lata verantwortlich, und das Gebiet des casuellen Untergangs und zufälliger Deterioration ist daher hier ein sehr ausgedehntes. In beiden Fällen trägt hier der Creditor die Gefahr, und der Depositar ist demnach zu einer Ersatzleistung, sofern er nur *als Depositar* gehandelt, die objectiven Grenzen des eigentlichen Depositums durch seine Handlungsweise nicht überschritten hat, erst dann verpflichtet, wenn er absichtlich, oder wenigstens durch eine Nachlässigkeit, welche selbst von ganz gewöhnlichen, und nicht besonders nachlässigen, Menschen vermieden zu werden pflegt, den Untergang oder die Verschlechterung des deponirten Gegenstandes veranlaßt hat. Dabei wird jedoch, wie bemerkt, vorausgesetzt, daß der Depositar in seinen Handlungen die Grenzen des eigentlichen Depositums, welche durch die bloße Aufbewahrung des deponirten Gegenstandes festgestellt sind, eingehalten hat, während im entgegengesetzten Fall, z. B. wenn der Depositar die deponirte Sache gebraucht hat, derselbe nach den allgemeinen Grundsätzen, und nicht mehr nach denen des besondern Contracts, beurtheilt wird, und nach jenen zur Prästation derjenigen Sorgfalt, welche von jedem ordentlichen Manne aufgewendet zu werden pflegt, gehalten ist, oder, da hier von einem außercontractlichen Verhältniß die Rede ist, für die s. g. Aquilische Culpa haftet.

---

geführt. Auf den Inhalt jener Schriften wird jedoch hier, soweit wir es für nöthig halten, die erforderliche Rücksicht genommen werden.

Das eigentliche Depositum, welches im Gegensatz des hier behandelten als depositum regulare bezeichnet wird, characterisirt sich, wie oben bemerkt, während seines Bestehens dadurch, daß das Recht und die Verbindlichkeit des Depositars auf eine bloße Aufbewahrung des deponirten Objects beschränkt ist, und bei seiner Erledigung dadurch, daß der Obligirte zur Restitution derselben speciell bestimmten Sache, welche er empfangen hat, verpflichtet ist. Durch das erstgenannte Moment unterscheidet sich das gewöhnliche Depositum insbesondere vom Commodat, durch beide aber von dem mutuum. Es fragt sich nun aber, ob und inwiefern ein als Depositum festgestelltes Obligationsverhältniß die bezeichneten Grenzen des gewöhnlichen Depositums überschreiten, und dennoch, so weit es möglich ist, nach den Grundsätzen des letztgenannten Contracts beurtheilt werden kann, und diese Frage führt uns auf den eigentlichen Gegenstand dieses Aufsatzes, auf die Lehre vom depositum irregulare. Irregulär kann nun das Depositum theils dadurch sein, daß der Depositar auch zum Gebrauche des deponirten Objects befugt wird, theils dadurch, daß derselbe zur Restitution derselben speciell bestimmten Sache, welche er empfing, nicht verpflichtet ist. Die Gesetze, welche uns die Justinianische Compilation über das s. g. depositum irregulare aufbewahrt hat, sind folgende:

1) l. 24. D. depos. (16, 3.):

„Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hoc die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur, propter usurarum incrementum? Respondi: depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si, ut tantundem solveretur, convenit,

egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi: rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur."

Neuſtetel[2]) meint zwar, daß in dieſem Geſetze von dem depositum irregulare nicht die Rede ſei, weil, wenn die Verabredung getroffen ſei, „ut corpora nummorum eadem redderentur", ein gewöhnliches Depoſitum, wenn aber beſtimmt ſei, „ut tantundem solveretur", ein Darlehn vorliege, wie ſich aus den Worten „egreditur ea res depositi notissimos terminos", und „si depositi actio non teneat", ergebe; allein, wenn dieſes Geſetz mit der Beſtimmung der l. 25. §. 1. D. eodem, in welchem in einem gleichen Fall die Exiſtenz eines depositum irregulare anerkannt iſt, in Einklang ſtehen ſoll, ſo kann aus den angeführten Worten die Exiſtenz eines mutuum in jenem Fall nicht abgeleitet werden. Es muß vielmehr das Geſetz in folgender Weiſe, wodurch alle Schwierigkeit , welche daſſelbe nach andern Erklärungen[3]) veranlaßt, einfach vermieden ſind, erklärt werden: Papinian antwortet auf die ihm vorgelegte Frage zunächſt, daß die actio depositi ſtattfinde, weil das in dem Empfangsſchreiben gebrauchte Wort „commendare" dieſelbe Bedeutung habe, wie „deponere." Dieſes ſei zuvörderſt in dem Fall unzweifelhaft, wenn die Verabredung dahin gerichtet geweſen ſei, „ut corpora nummorum eadem redderentur."

---

2) A. a. O., S. 17, f.

3) Vgl. Glück und Neuſtetel, a. d. a. O.

Sei dagegen die Verabredung dahin gegangen, „ut tantundem solveretur“, so überschreite ein solcher Vertrag die Grenzen des (gewöhnlichen) Depositums („egreditur ea res depositi notissimos terminos“). Wenn nun in einem solchen Fall die actio depositi nicht stattfände („In qua quaestione si depositi actio non teneat“), und zwar wegen der vorliegenden Verabredung, „tantundem, non idem, reddi“, so könne man schwerlich zu der Ansicht kommen, daß hier eine Zinsforderung begründet sei [4]). Nun sei es aber bei den bonae fidei judicia [5]) anerkannt, daß in Betreff der Zinsen das officium judicis ebenso viel vermöge, wie die stipulatio, allein dieser Umstand begründe hier dennoch eine Zinsverbindlichkeit nicht, weil es die bona fides und die Natur des Depositums verletze, von demjenigen, welcher in einer auf den Vortheil des Gebers gerichteten Weise das Geld empfangen habe, vor eingetretener mora Zinsen zu fordern; es sei denn, daß vom Depositor Zinsen versprochen worden, als in welchem Fall es nach dem Contract gehalten werden solle [6]).

2) l. 25. §. 1. D. eodem:

„Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est.“

3) l. 26. §. 1. D. eodem:

„Lucius Titius ita cavit: Suscepi, habeoque apud me titulo depositi suprascripta denarium argenti decem

4) Wenn es nämlich ein mutuum wäre, so würde weder von Verzugszinsen, noch von Conventionalzinsen, weil hier keine Zinsstipulation vorlag, die Rede sein können.

5) Nämlich: als zu welchen auch das hier vorliegende depositum irregulare gehöre.

6) Vgl. Vangerow, Leitfaden, III. S. 397f.

millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere: et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt."

Bei dem in diesen Gesetzen behandelten Fall eines depositum irregulare, welches sich von dem gewöhnlichen Depositum dadurch unterscheidet, daß dort fungible Sachen, mit der Verbindlichkeit des Empfängers zur Restitution in genere, deponirt sind, kommt es darauf an, die Grenzen zwischen einem solchen depositum irregulare und dem mutuum festzustellen. Beide Verhältnisse stimmen wegen der Fungibilität des Objects darin mit einander überein, daß bei beiden die Verbindlichkeit des Empfängers zur Restitution in genere begründet ist, daher aber auch auf denselben das Eigenthum der einzelnen in der übergebenen Summe enthaltenen speciellen Stücke, und das periculum in Betreff derselben übergeht [7]). Die Verschiedenheit der beiden genannten Contracts-

7) Unrichtig ist es dagegen, wenn von Neustetel, a. a. O., S. 4. bemerkt wird: „In Rücksicht der Uebertragung des Eigenthums und der Uebernahme der Gefahr bilden sich durch das depositum irregulare von dem gemeinen Depositum Abweichungen, die, begründet durch den hierbei gleichen Vortheil der Contrahenten, überall zur Regel zurückkehren, wo der Vortheil auch hier auf der Seite des Deponenten allein ist." Hiergegen ist nämlich zunächst zu bemerken, daß das depositum irregulare doch immer vorzugsweise auf den Nutzen des Deponenten gerichtet sein muß, ferner, daß, wenn auch der Vortheil beider Contrahenten gleich wäre, dieser Umstand zwar in gewissen Beziehungen die Anwendung der Regel, daß bei gleichem Vortheile auch ein gleicher Grad der Sorgfalt von den Contrahenten aufzuwenden ist, würde rechtfertigen, niemals aber den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr auf einen der Contrahenten herbeiführen können, und endlich, daß

verhältniſſe war freilich im römiſchen Recht wichtiger, als jetzt. Das mutuum war ein negotium stricti juris, das depositum dagegen ein negotium bonae fidei. Die von dieſem Unterſchiede abhängigen einzelnen Verſchiedenheiten beider Rechtsgeſchäfte ſind zwar im heutigen Recht durch die Aufhebung jenes Unterſchieds ſelbſt hinfällig geworden. Insbeſondere iſt das Recht des Creditors, auch beim mutuum Verzugszinſen zu fordern, ausdrücklich in der Reichsgeſetzgebung anerkannt [8]). Auch andere mit der Eintheilung der Rechtsgeſchäfte in negotia bonae fidei und stricti juris nicht zuſammenhängende Verſchiedenheiten zwiſchen dem depositum irregulare und dem mutuum ſind im gegenwärtigen Recht aus andern Gründen unpractiſch geworden. So iſt z. B. die Infamie, welche nach römiſchem Recht als Folge der Verurtheilung, wenn wegen dolus des Depoſitars mit der actio depositi directa geklagt worden war, eintrat, jetzt weggefallen, weil die römiſchen Beſtimmungen über die Infamie weder in Betreff der Entſtehungsgründe, noch der Wirkungen der letztern, practiſch anwendbar ſind [9]). Dennoch aber iſt die Unterſcheidung beider Rechtsgeſchäfte in mancher Beziehung noch immer wichtig geblieben. Als Belege dafür heben wir folgende Momente hervor: 1) die exceptio compensationis, welche gegen die Rückforderungsklage aus dem mutuum ſtattfindet, iſt gegen die actio deposita directa überhaupt unzuläſſig [10]); 2) die ſ. g. exceptio non numeratae

---

dabei überſehen iſt, daß die Fungibilität des in dieſer Qualität übergebenen Objects nothwendig den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr auf den Empfänger begründet, und dieſer Uebergang nur durch die Aufhebung der Fungibilität verhindert werden kann.

8) D. A. v. 1600, §. 139.

9) Vrgl. Savigny, Syſtem, II, §. 83. S. 224 f.

10) §. 30. J. de action. (4, 6.): „— — Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introducit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione, uni aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub praetectu compensationis,

pecuniae ist, wenn die Klage durch ein schriftliches Schuldbekenntniß erwiesen werden soll, zwar wohl, wenn auf die Rückzahlung eines Darlehns, nicht aber, wenn auf die Rückgabe eines Depositums geklagt wird, statthaft [11]), wenn gleich dadurch im letztern Fall weder der Gegenbeweis, noch Einreden ausgeschlossen werden [12]); 3) das privilegium exigendi, welches gesetzlich denjenigen, welche bei Argentarien, Mensularien oder Numularien Geld deponirt haben, ertheilt ist [13]), und von der Praxis allen gerichtlichen und Privatdepositen zugestanden wird [14]), ist bei dem mutuum nicht anerkannt [15]); 4) beim depositum irregulare findet immer, da das Geschäft seinem Wesen nach nur auf den Vortheil des Deponenten gerichtet ist, eine beliebige Zurückforderung der deponirten Summe statt [16]), während der Darlehnsvertrag nur ausnahmsweise, und gegen die Natur dieses wesentlich den Vor-

---

depositarum rerum quis exactione defraudetur.", c. 11. pr. C. depos. (4, 34.).

11) C. 14. §. 1. C. de non num. pec. (4. 30.): „— — Ideoque sancimus, instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certae pecuniae, — — sive in solidum, sive ex parte soluta esse conscribantur, — — nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi."

12) Vrgl. Unterholzner, im Arch. f. civ. Prax., VII. S. 24. 25. u. 49.

13) L. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.): „In bonis mensularii vendendis, post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis: et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.", Cf. l. 8. D. depositi (16. 3.).

14) Vrgl. Dabelow, Concurs, S. 638., Mackeldey, Lehrb., §. 785., 7.

15) Cf. l. 24. §. 2. D. l. l., l. 8. D. l. l.

16) Cf. l. 24. D. depos. (16. 3.): „— — quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo — —."

theil des Empfängers bezweckenden Geschäfts, eine solche beliebige Zurückforderung freistellt; 5) Conventionalzinsen sind bei dem depositum irregulare so ungewöhnlich und so sehr der Natur dieses Contracts widersprechend, daß die Römer in der Zinsstipulation ein Kriterium des Darlehns und des Nichtvorhandenseins eines Depositums finden [17]), wenn nicht in einer ausdrücklichen Verabredung der Contrahenten bestimmt ist, daß ein depositum irregulare bestehen, und dennoch, etwa aus dem Grunde, weil der Depositar selbst von dem deponirten Gelde Zinsen zieht [18]), eine Zinszahlung stattfinden soll [19]). — Unrichtig ist aber die Behauptung von

17) Cf. l. 7. §. 2. D. depos. (16. 3.): „— — dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito.“ l. 24. i. f. D. eodem: — — „sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo (scil. depositario) desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis conventi, lex contractus servabitur.“ l. 24. §. 2. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) — — „Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere.“

18) Cf. l. 28. D. depos. (16. 3.).

19) Cf. l. 24. i. f., l. 26. §. 1. D. depos. (16. 3.): „Lucius Titius ita cavit: Suscepi, habeoque apud me titula depositi suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit: eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere: et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.“ Die letzte Stelle insbesondere dürfte am Richtigsten von Neustetel, a. a. O., S. 16. dahin erklärt sein: Der Depositar habe sich verbindlich gemacht, bis zur Wiedererstattung des Geldes festgesetzte Zinsen zu erlegen. Paulus sei nun gefragt worden, ob diese Zinsen gefordert werden könnten. Zweifelsgrund sei gewesen, daß beim gemeinen Depositum, außer im Fall des Verzugs, Zinspflicht nicht einzutreten pflege. Paulus habe diesen Zweifel durch die Bemerkung: der Contract, der in Frage stehe, sei kein gewöhnliches Depositum (depositae

Neuſtetel[20]), daß, abgeſehen von den Verzugszinſen und dem Fall, wenn ein Zinsverſprechen beim depositum irregulare wirklich vorliegt, der Richter ex bona fide zu ermeſſen habe, ob der Depoſitar Zinſen zu erlegen habe, und daß dabei die verſchiedene Lage der Umſtände eine Verſchiedenheit der Entſcheidung über die Zinspflicht zur Folge haben werde. In der l. 25. §. 1. D. depositi (16. 3.) iſt ausdrücklich geſagt: „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est“, woraus entſchieden folgt, daß ante moram keine Zinſen gefordert werden konnten, wenn ſie nicht verabredet waren. Neuſtetel ſucht freilich dieſes Geſetz dadurch zu beſeitigen, daß daſſelbe aus den libris responsorum des Papinian entlehnt ſei, und daher nur auf die vorgelegte Frage antworte, ob post moram von dem Depoſitum Zinſen gefordert werden könnten, mithin zur Grundlage eines argumentum a contrario, durch welches die Zinspflicht ante moram verneint werden müſſe, nicht benutzt werden dürfe; allein theils aus dem Grunde, weil das angeführte Fragment jedenfalls durch die demſelben in der Juſtinianiſchen Compilation angewieſene Stellung eine allgemeine Bedeutung erlangt hat, und theils deßhalb, weil ſchon nach der ganzen Faſſung des in jenem Fragment enthaltenen Reſponſums die

---

pecuniae modum excedere). Hätte er ausdrücken wollen, der Contract ſei gar kein Depoſitum, ſo würde er nicht geſagt haben „depositae pecuniae modum excredere“, ſondern „dep. pec. formam excedere“, cf. l. 48 §. 2 D. mandati (17. 1.). Das „modum excedere“ ſtehe hier ganz gleich dem ſonſt vorkommenden naturam excedere“, cf. l. 5. §. 4. D. de praescript. verb. (19. 5.), in der Bedeutung vertragsmäßiger Modification der gewöhnlichen Beſchaffenheit eines Contracts, unbeſchadet deſſen begriffsweſentlicher Beſtandtheile. — Darum (fahre Paulus fort) können der Uebereinkunft zufolge auch Zinſen mit der Contractslage gefordert werden („et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.“); vrgl. auch v. Vangerow, Laitfaden, III. S. 395 u. 396.

20) A. a. O. S. 11 f.

vorgelegte Frage vielmehr die gewesen zu sein scheint, ob und inwiefern überhaupt in dem erwähnten Fall Zinsen gefordert werden dürften, können wir uns von der Unrichtigkeit unserer Annahme nicht überzeugt halten. Der nach unserer Annahme in der cit. l. 25. §. 1. enthaltene Satz wird auch durch die Worte der l. 24. D. eodem bestätigt: „sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.“ Neustetel[21]) will diese Bestimmung dadurch erklären, daß in dem im Gesetz erwähnten Fall das Depositum bloß zum Nutzen des Deponenten gedient habe, und aus diesem Grunde eine Zinsforderung nicht begründet gewesen sei. Daß aber Papinian dieses Moment nicht als das entscheidende angesehen hat, geht schon daraus hervor, daß er am Schlusse des Gesetzes die Möglichkeit einer Zinsverabredung voraussetzt, welche doch nicht wohl bei einem bloß den Nutzen des Deponenten bezweckenden Depositum sich würde annehmen lassen. Auch das mit der Natur des Depositums durchaus in Einklang stehende Versprechen: „quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo“ deutet keineswegs auf einen ausschließlichen Nutzen des Deponenten hin. Die Worte „qui beneficium in suscipienda pecunia dedit“ zeigen nur die allgemeine Richtung des Depositums in seiner charakteristischen Unterscheidung vom mutuum, und die Schlußworte des Gesetzes „si tamen etc.“ sprechen deutlich den Satz aus, daß hier nur Conventionalzinsen, und selbst diese gegen die Natur des Depositums gefordert werden können. Die l. 28. D. depos. (16. 3.): Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta: Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus

21) A. a. O., S. 17, f.

ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint (id est, ut usuras eorum accipias), curae habebo. Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possint? Respondi, deberi ex bonae fidei judicio (usuras), sive percepit, sive pecunia in re sua usus est", erklärt Reuſtetel[22]) dahin: Scävola nehme bei der Entſcheidung über die Zinsforderung gar keine Rückſicht auf den Empfangsſchein und ſtelle ſeine Entſcheidung allgemein: das Geſchäft ſei bonae fidei, und darum müſſe der Depoſitar Zinſen erlegen, ſei es, daß er das Geld ausgeliehen und Zinſen eingenommen, oder daß er es für ſich verwendet habe. Bedenkt man aber, daß die Frage lautete: Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possint?, ſo wird man es doch natürlicher finden müſſen, daß die Antwort eben auf dieſe Frage Bezug nimmt, und demnach dahin gerichtet wird, daß allerdings durch den vorliegenden Empfangsſchein ſowohl dann, wenn der Depoſitor ſelbſt Zinſen ziehe, als in dem Fall, wenn er das Geld in ſeinen eignen Nutzen verwandt habe, die Zinsforderung begründet ſei, und zwar aus dem Grunde, weil hier ein bonae fidei judicium vorliege, bei welchem das einfache pactum in Beziehung auf die Begründung der Zinsverbindlichkeit dieſelbe Kraft hatte, wie beim strictum judicium die stipulatio. Nach den Beſtimmungen der bisher angeführten Geſetze kann auch die von Reuſtetel[23]) für ſeine Anſicht angeführte l. 23. §. 1. D. depos. (16. 3.): „Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur", nur den Sinn haben, daß, wie bei andern bonae fidei judicia, ſo auch beim depositum irregulare, Zinſen aus einem dem Vertrage beigefügten pactum adjectum ſowohl als wegen einer mora debitoris gefordert werden können.

Bei den bisher angegebenen practiſchen Verſchiedenhei-

22) A. a. O. S. 14.

23) A. a. O. S. 12f.

ten zwiſchen dem mutuum und dem depositum irregulare iſt auch für uns die Unterſuchung und Feſtſtellung der Grenze zwiſchen beiden Geſchäften keineswegs überflüſſig, wenn ſie gleich im heutigen Recht, wie oben bemerkt, dieſelbe Bedeutung wie im römiſchen Recht nicht hat. Zunächſt kommt es dabei natürlich darauf an, ob eine ausdrückliche Verabredung der Contrahenten über das Rechtsverhältniß, welches zwiſchen denſelben beſtehen ſoll, vorliegt oder nicht. Im erſten Fall entſcheidet über die Frage, ob ein mutuum oder depositum irregulare begründet iſt, die ausdrückliche Beſtimmung, und daher wird auch insbeſondere, wie bereits oben bemerkt wurde, bei vorhandener Zinsſtipulation, obſchon dieſe der Natur des Depoſitums widerſpricht, dennoch im römiſchen Recht die Exiſtenz eines depositum irregulare angenommen, wenn ein ſolches nach der ausdrücklichen Erklärung der Contrahenten unter denſelben beſtehen ſoll. Liegt aber eine ſolche ausdrückliche Erklärung nicht vor, ſo muß darauf geſehen werden, welche ſtillſchweigende Verabredung die Umſtände ergeben. So berechtigen namentlich eine abgeſchloſſene Zinsſtipulation und Feſtſetzung eines Termins, vor deſſen Eintritt nicht zurückgefordert werden darf, wie bereits oben gezeigt wurde, zur Annahme eines Darlehns. Sind aber auch ſolche beſtimmende Momente nicht vorhanden, dann entſcheidet über die Natur des Geſchäfts der Umſtand, ob durch daſſelbe der Nutzen des Gebers oder der des Empfängers vorzugsweiſe erzielt wird; denn im erſten Fall muß das Daſein eines Depoſitums, im letztern aber das eines Darlehns angenommen werden. Das Vorhandenſein eines Darlehns iſt aus dem angeführten Grunde insbeſondere dann anzunehmen, wenn der Empfänger einer fungibeln Sache, welcher dieſelbe als res deposita erhielt, ſpäter ausdrücklich den Geber um die Erlaubniß zum Gebrauch derſelben gebeten und dieſe von demſelben erlangt hat, oder wenn der Geber jener Sache dieſe bei dem Empfänger zunächſt deponirt hat, jedoch mit der Erlaubniß für den letztern, dieſelbe zu benutzen, und der Empfänger davon Gebrauch macht. In der Depoſition

einer fungibeln Sache ist nämlich schon von selbst, durch die Natur des deponirten Gegenstandes, das Recht des Gebrauchs desselben für den Depositar enthalten, weil das Wesen der Fungibilität eben darin besteht, daß speciell bestimmte Gegenstände, als solche, nicht in Betracht kommen, sondern nur das quantum et quale berücksichtigt wird [24]). Wird nun dennoch von dem Depositar, bei welchem eine fungible Sache deponirt ist, die ihm schon von selbst zustehende Erlaubniß zum Gebrauch derselben erbeten [25]), so kann dieses vernünftiger Weise nur den Zweck haben, das bisher bestehende,

---

24) Cf. l. 25. §. 1. D. depos. (16. 3.), l. 31. D. locati (19. 2.): — — „Idem juris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret."

25) Daß in dem in der l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1.) behandelten Fall ein Antrag auf die Gestattung des Gebrauchs des deponirten Geldes von Seiten des Depositars vorausgesetzt sei, Glück, a. a. O. wird zwar von Neustetel a. a. O. S. 8. als eine willkührliche Annahme bezeichnet, dürfte aber doch sowohl durch die Schlußworte der angeführten Stelle: „ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici", als auch durch den Gegensatz zu der Bestimmung der l. 10. D. eodem, gerechtfertigt sein. Wenn wir aber auch in der zuerst angeführten Stelle einen Antrag des Depositars auf die Gestattung des Gebrauchs des deponirten Geldes vorausgesetzt finden, so halten wir doch damit den Gegensatz, welchen Glück a. a. O. der Erklärung der angeführten Gesetze durch die Annahme zum Grunde legt, daß, wenn jener Antrag vom Depositar ausgehe, sofort mit der Gebrauchsgestattung, wenn aber der Deponent den Gebrauch unaufgefordert gestatte, erst mit dem Augenblicke des wirklichen Gebrauchs, das Depositum in ein Darlehn übergehe, nicht für begründet, glauben vielmehr, daß das mutuum im erwähnten Fall immer in dem Augenblick eintritt, in welchem der Consens darüber vollendet ist. Dieser Consens liegt nun freilich in dem Fall, wenn auf Antrag des Depositars der Gebrauch des Geldes gestattet wird, sofort bei der Gebrauchsgestattung vor, während derselbe, wenn der Gebrauch von dem Deponenten unaufgefordert angeboten wird, erst mit der ausdrücklich, oder stillschweigends durch den wirklichen Gebrauch, erklärten Einstimmung des Depositars in die Novation eintritt.

den Nutzen des Gebers bezweckende depositum irregulare aufzuheben und an dessen Stelle das, auf den Nutzen des Empfängers vorzugsweise gerichtete mutuum treten zu lassen. Daher sagt auch die l. 9. §. 9. D. de reb. credit. (12. 1.):

> „Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse agunt. Et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere; ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici."

Nach den Schlußworten dieser Stelle scheint bei dem depositum irregulare, dessen Gegenstand fungible Sachen bilden, das periculum den Empfänger nicht zu treffen, indem der Uebergang der Gefahr auf denselben erst an den Zeitpunkt der Entstehung des mutuum geknüpft wird. Allein wenn man bedenkt, daß bei der Deponirung einer Geldsumme die Absicht der Contrahenten entweder auf die Restitution der einzelnen speciellen Münzstücke, oder blos der Summe, als solcher, mithin entweder auf die Begründung eines depositum regulare oder irregulare gerichtet sein kann [26]), und daß, wenn nicht sofort durch die Verabredung, ut tantundem solveretur, ein depositum irregulare begründet worden ist [27]), in dem erwähnten Fall der Depositar durch den Gebrauch des deponirten Geldes und die darin liegende Erklärung, letzteres als fungible Sache betrachten zu wollen, das Depositum, welches bis zu diesem Zeitpunkt als depositum regulare erscheint, in ein depositum irregulare übergehen lassen

---

26) Cf. l. 24. D. depos. (16. 3.): — „si id actum, ut corpora nummorum eadem redderentur; nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi (scil. regularis) notissimos terminos."

27) Cf. l. 25. §. 1. D. eod.: „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est", vergl. v. Bangerow, Leitfaden III. S. 394.

kann, so ist klar, daß in dem im oben angeführten Gesetze behandelten Fall bis zur Entstehung des mutuum nicht ein depositum irregulare, sondern ein depositum regulare vorhanden war, und daher erst mit dem Augenblick der Entstehung des mutuum das periculum, welches bis dahin der Geber zu tragen hatte, auf den Empfänger des Geldes übergehen konnte.

Wenn der Empfänger um ein mutuum bittet, welches aber erst mit einem bestimmten Zeitpunkt eintreten soll, bis zu welchem bei ihm zu seinem alleinigen Nutzen von dem Geber das Geld deponirt wird, so ist sofort ein depositum irregulare, ein mutuum aber erst von jenem Zeitpunkt an begründet. Das periculum trägt daher hier sofort der Empfänger.

l. 4. pr. D. de reb. cred. (12. 1.):

„Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu empturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.“

Aus den Schlußworten dieser Stelle ergibt sich sogar, daß der Depositar das periculum in Betreff einer speciell deponirten Sache dann trägt, wenn dieselbe ihm zu dem Zweck übergeben worden ist, um dieselbe zu veräußern und den Erlös als Darlehn zu behalten. Auf diesen Fall werden wir unten zurückkommen.

Wenn aber bei der Deposition einer fungibeln Sache die Erlaubniß zum Gebrauch derselben sofort bei der Uebergabe ertheilt wurde, so liegt darin, nach der obigen Ausführung, die Erklärung des Deponenten, mit dem Augenblicke des Gebrauchs jener Sache ein mutuum eintreten lassen zu

wollen, alſo das Anerbieten einer Novation, welches Anerbieten der Depoſitar durch den Gebrauch annimmt, weil der Gebrauch hier nicht in Folge der Fungibilität der Sache, ſondern nur der ſofort ertheilten und jetzt angenommenen Erlaubniß gemacht wird, indem jene ſofortige Erlaubniß des Gebrauchs die Bedeutung hat, bis zum Eintritt des letztern ein depositum regulare, von da an aber ein mutuum beſtehen zu laſſen.

l. 10. D. de reb. cred. (12, 1.):

„Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum.“

Von derſelben Bedeutung würde übrigens in dieſem Fall die Erklärung des Depoſitars, das Gebrauchsrecht in Folge der ertheilten Erlaubniß annehmen, oder, mit andern Worten, das deponirte Geld als Darlehn behalten zu wollen, ſein, indem in der angeführten Stelle der Gebrauch nur inſofern für nothwendig zur Vollendung der angebotenen Novation dargeſtellt wird, als darin die zuſtimmende Erklärung des Depoſitars liegt [28]).

Ganz anders verhält es ſich dagegen in dem Fall, wenn eine an ſich fungible Sache in den Zuſtand einer ſpeciell beſtimmten verſetzt, in dieſer Qualität deponirt und dann die Erlaubniß zum Gebrauch derſelben ertheilt wird. In dieſem Fall, z. B. wenn verſiegeltes Geld den Gegenſtand des Depoſitums bildet, hat die Erlaubniß des Gebrauchs, der hier nicht ſchon von ſelbſt dem Depoſitar geſtattet iſt, die Bedeutung, daß der an ſich fungiblen, aber in den Zuſtand einer

28) Eine Poteſtativbedingung, die nur durch den Gebrauch des Geldes erfüllt werden könne, hier mit Neuſtetel, a. a. O. S. 3. anzunehmen, dazu liegt durchaus kein Grund vor, wenn man nicht in jedem Anerbieten einer Convention einen durch die Annahme deſſelben bedingten Vertrag finden will; 2. f. Duaren, ad tit si certum petatur, cap. II. opp. p. 877. edit. Francof. a. 1538.

speciell bestimmten versetzten Sache dadurch die Eigenschaft der Fungibilität unbeschränkt wiedergegeben wird, das Depositum von diesem Zeitpunkt an fungible Sachen zu seinem Gegenstande hat, und daher von dem Augenblick des Gebrauchs an in ein depositum irregulare übergeht. Der Grund dagegen, aus welchem, wie oben bemerkt, die beim Depositum fungibler Sachen ertheilte Erlaubniß zum Gebrauch entweder sofort, oder mit dem Zeitpunkt des wirklichen Gebrauchs das depositum in ein mutuum übergehen läßt, fällt hier durchaus weg, weil hier die Gebrauchsgestattung auch ohne eine solche Annahme eine ganz vernünftige Bedeutung hat.

l. 29. D. depositi (16. 3.):

„Si sacculum, vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuit, me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit. §. 1. Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in caeteris bonae fidei judiciis, fisuras ejus nomine praestare mihi cogitur.“

In diesem Gesetze ist nämlich, in §. 1., von dem Fall die Rede, wenn versiegeltes und dadurch in den Zustand einer speciell bestimmten Sache versetztes Geld deponirt worden ist. Dafür spricht theils der Umstand, daß es offenbar Zweck des angeführten Gesetzes ist, zwei in der erwähnten Beziehung gleichartige Verhältnisse in anderer Beziehung, und zwar je nachdem die Gebrauchsgestattung nicht ertheilt oder ertheilt ist, einander gegenüberzustellen, und daher in dem letzten ebenso wie in dem ersten Fall von versiegeltem Gelde die Rede sein muß, theils die Vergleichung mit der oben angeführten l. 9. §. 3. und l. 10. D. de reb. cred. (12. 1.), nach welchen Gesetzen die Gebrauchsgestattung einer deponirten fungibeln Sache, bei welcher eine solche Versetzung in den Zustand einer speciell bestimmten nicht stattgefunden hat,

nach Verschiedenheit der Umstände entweder sofort oder mit dem Augenblick des eingetretenen Gebrauchs das Depositum in ein Mutuum übergehen läßt [29]).

Als das Resultat unserer bisherigen Untersuchung über die Frage, wann in solchen Fällen, in welchen über die Natur des vorliegenden Geschäfts weder eine ausdrückliche Verabredung der Contrahenten, noch solche einzelne characteristische Momente, wie das Zinsversprechen oder die Festsetzung eines Termins für die Rückforderung vorhanden sind, ein mutuum oder depositum irregulare begründet ist, können wir demnach folgende Sätze aufstellen:

1) Wenn eine fungible Sache schlechthin als solche deponirt worden ist, so steht zwar dem Depositar das Gebrauchsrecht zu, und durch die Ausübung des letztern entsteht ein depositum irregulare, wodurch der Depositar zur Restitution in eadem quantitate et qualitate, und mithin zum Tragen des periculum, weil hier der Untergang einer einzelnen species der Fungibilität der Sache wegen nicht in

---

29) Die Erklärung der l. 29. §. 1. D. depositi (16. 3.), und die Art der Beseitigung des scheinbaren Widerspruchs derselben mit der l. 9. §. 9. D. de reb. cred (12. 1.), ist sehr verschieden. Bynkershock, observ. l. VIII. c. 5. u. A. nehmen einen wirklichen Widerspruch des ersten Gesetzes mit dem letzten an, welcher, wie sie meinen, durch einen Streit unter den Schulen veranlaßt ist. Franzke, comm. in Pand. lib. XVI. lit. 3. nr. 28. nimmt an, daß in der l. 23. §. 1. cit. von einer stillschweigends durch Einhändigung unversiegelten Geldes ertheilten Erlaubniß zum Gebrauche desselben die Rede sei. Neustetel a. a. O. S. 13. meint, daß die Frage, warum die Erlaubniß zum Gebrauche nicht hier (nämlich im Fall der cit. l. 29. §. 1. D. depos.) dasselbe wirke, was in l. 9. §. 9. D. cit. sich nur so beantworten lasse: die in dem Fall der l. 29. §. 1. cit. ertheilte Erlaubniß sei nicht von der Art gewesen, um daraus mit Gewißheit zu schließen, oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Parteien mittelst der Novation das Depositum in ein Mutuum haben verwandeln wollen. Daß diese Erklärungen der l. 29. §. 1. D. l. l. ebenso willkührlich als ungenügend sind, bedarf wohl einer weitern Ausführung nicht.

Betracht kommt [30]), verpflichtet wird [31]); allein es kann auch der Depositar dadurch, daß er den deponirten Gegenstand unbenutzt läßt, den Uebergang eines gewöhnlichen Depositums in ein depositum irregulare hindern, und in diesem Fall trifft, wie immer beim depositum regulare, die nicht durch dolus oder culpa lata des Depositars herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung des deponirten Objects den Deponenten [32]).

2) Wenn eine fungible Sache, mit der Verabredung „ut tantundem solveretur“ deponirt worden ist [33]), so ist von Anfang an ein depositum irregulare begründet, und auf den gemachten Gebrauch kommt es hier in dieser Beziehung aus dem Grunde nicht an, weil durch die Bestimmung „ut tantundem solveretur“ die deponirte Sache sofort *als fungible* hingegeben und empfangen, und daher dem Depositar die Möglichkeit, durch den Nichtgebrauch jener Sache dieselbe als eine speciell bestimmte zu behandeln und dadurch ein depositum regulare zu erhalten entzogen ist.

3) Dieselbe Bedeutung hat ein Depositum fungibler Sachen in dem Fall, wenn von dem Empfänger auf ein Darlehn angetragen ist, welches aber erst mit einem bestimmten Zeitpunkt eintreten soll, bis zu welchem jene Sache deponirt und, weil das Depositum bloß zum Nutzen des Depositars gereicht, dasselbe als depositum irregulare betrachtet wird [34]).

4) Wenn eine fungible Sache mit der sofort bei der Uebergabe und ohne Antrag des Empfängers ertheilten aus-

---

30) Cf. §. 2. J. quib. mod. red. contrah. (3. 14.).

31) l. 29. §. 1. D. depos. (16. 3.), l. 31. D. loc. (19. 2.).

32) arg. l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1.): „Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. — — ergo *transit* periculum ad eum etc.“, woraus hervorgeht, daß bis zu diesem Uebergang der Gefahr auf den ursprünglichen Depositar der Deponent auch in dem hier behandelten Fall das periculum zu tragen hat.

33) l. 25. §. 1. D. depos. (16. 3.).

34) l. 4. pr. D. de reb. cred. (12. 1.).

drücklichen Gebrauchsgestattung deponirt wurde, so liegt ein depositum regulare so lange vor, bis der gestattete Gebrauch eingetreten oder die Erklärung des Depositars, das Gebrauchsrecht in Folge der ertheilten Erlaubniß annehmen, d. h. ein Mutuum eingehen zu wollen, erfolgt ist, und so lange trägt daher auch der Deponent das periculum interitus und deteriorationis; von jenem Zeitpunkt an aber geht das Depositum in ein Mutuum über, und die Gefahr trägt von da an der Debitor [35]).

5) Wenn eine fungible Sache deponirt und auf Antrag des Depositars diesem sofort bei der Uebergabe der Sache, oder später, der Gebrauch derselben ausdrücklich erlaubt wird, so ist im ersten Fall sofort ein mutuum begründet, während im letzten zunächst ein depositum regulare besteht, mit dem Zeitpunkt der Gebrauchsgestattung aber, und nicht erst mit dem des wirklichen Gebrauchs jenes depositum in ein mutuum übergeht [36]).

6) Wenn eine an sich fungible Sache in den Zustand einer speciell bestimmten versetzt, in dieser Qualität einem Depositar übergeben, diesem aber durch die Gebrauchsgestattung die Möglichkeit eröffnet wird, derselben die Eigenschaft der Fungibilität wiederzugeben, so ist natürlich bis zu dem Augenblick, in welchem der gestattete Gebrauch eintritt, ein depositum regulare vorhanden, weil bis zu jenem Zeitpunkt die deponirte Sache eine speciell bestimmte bleibt; durch den Gebrauch aber wird eine fungible Sache Gegenstand des Depositums, und letzteres selbst von diesem Momente an ein depositum irregulare [37]).

Bisher wurde von einer Art des unregelmäßigen Depositums gehandelt, welche die Grenzen des gewöhnlichen depositum insofern überschreitet, als fungible Sachen den

35) l. 10. D. de reb. cred. (12. 1.).

36) l. 9. §. 3. D. de reb. cred. (12. 1.).

37) l. 29. D. depositi (16. 3.).

Gegenstand jenes bilden, daher hier nicht von einer Restitution in specie, sondern nur von einer Zurückgabe der deponirten Sache in eadem quantitate et qualitate die Rede sein kann. Diese Art des depositum irregulare ist die einzige, deren die Quellen des gemeinen Rechts ausdrücklich erwähnen. Eine andere Art des unregelmäßigen Depositums muß schon nach der Analogie des jene erste Art für zulässig und wirksam erklärenden römischen Rechts, und noch mehr nach den im deutschen Recht anerkannten Grundsätzen über die Verbindlichkeit der Verträge [38]) als ein besonderes Vertragsverhältniß in dem Fall als begründet anerkannt werden, wenn eine speciell bestimmte Sache deponirt, zugleich aber dem Depositar der Gebrauch derselben gestattet wird. Wenn hiergegen von Neustetel [39]) bemerkt wird, daß ein depositum irregulare der hier erwähnten Art aus dem Grunde nicht anerkannt werden dürfe, weil ein irreguläres Depositum nur dann begründet sei, wenn das Recht und die Verbindlichkeit des Depositars auf die Restitution des deponirten Objects in eadem qualitate et quantitate gerichtet sei, so dürfen wir diesen Grund als bloße petitio principii auf sich beruhen lassen. Wenn aber Neustetel [40]) meint, daß, wenn man den hier behandelten Fall als ein depositum irregulare betrachten wolle, dieses dahin führen würde, jedes Depositum, bei welchem sich ein pactum adjectum finde, ein irreguläres zu nennen, so läßt sich auch diese Annahme nicht rechtfertigen; denn manche, wenn nicht die meisten pacta adjecta dienen nur dazu, nähere Bestimmungen des gewöhnlichen Inhalts des Contracts, dem sie beigefügt sind, nicht aber Abweichungen davon festzustellen, und können daher auch, dem Depositum beigefügt, eine Irregularität desselben nicht

38) Nach römischem Recht mußte auch das pactum adjectum über den Gebrauch der deponirten Sache sofort beigefügt sein, worauf jetzt nichts mehr ankommt.

39) A. a. O. S. 23.

40) A. a. O. S. 23.

begründen. Andere pacta adjecta, wodurch Abweichungen vom gewöhnlichen Inhalt der Rechtsgeschäfte begründet werden, veranlassen freilich eine Irregularität der letztern in den von jenen pacta betroffenen Punkten; allein das ganze Rechtsgeschäft darum als ein irreguläres und in dieser Qualität besonderes und selbstständiges zu betrachten und zu bezeichnen, dürfte doch nur dann passend und von practischer Bedeutung sein, wenn durch das pactum adjectum die Richtung des Rechtsgeschäfts in einer Weise geändert ist, wodurch dasselbe sich einem andern nähert und demselben ähnlich wird. Dieses Moment aber finden wir gerade in dem oben angeführten depositum irregulare. — Ebensowenig aber können wir der Ansicht derjenigen Juristen [41]) beitreten, welche behaupten, daß das Depositum einer speciell bestimmten Sache dann, wenn dem Depositar der Gebrauch dieser Sache gestattet werde, immer in ein anderes Geschäft, sei dieses nun ein Miethcontract, ein Commodat oder ein precarium, übergehe. Diese Ansicht läßt sich durch die dafür angezogenen Gesetze [42]) so wenig begründen, als dieselbe nach den über die s. g. privative Novation geltenden Grundsätzen gebilligt werden darf. Gegen dieselbe ist daher auch schon von Neustetel [43]) mit Recht bemerkt worden: in der l. 76. pr. D. furtis (47. 2.) sei zwar sowohl von einem Depositar als einem Commodatar die Rede, und es werde gezeigt, in welchen Fällen beide durch den ihnen nicht verstatteten Gebrauch furta begehen, nicht aber von einem Depositar, der sich durch den verstatteten Gebrauch in einen Commodatar verwandle. Die l. 1. §. 9. D. de depositi (16. 3.) sei ebenfalls nicht beweisend; denn indem sie nur die verschiedenen Contracte aufzähle, in denen die Pflicht, einen Sclaven aufzubewahren, enthalten sein könne, nämlich in einem Miethcontracte, wenn

41) Vergl. Glück a. a. O.

42) l. 1. §. 9. D. depos. (16. 3.), und l. 76. pr. D. de furtis (47. 2.).

43) A. a. O. S. 24f.

eine Belohnung entweder dem Aufbewahrer für seine Mühe, oder dem Eigenthümer für die Dienste des Sclaven gegeben werde, oder in einem Contracte, aus dem eine actio praescriptis verbis entspringe, wenn die Dienste des Sclaven dem Aufbewahrer zur Belohnung verbleiben, oder in einem Depositum, wenn der Aufbewahrer den Sclaven unterhalte und wegen der Dienste nichts ausgemacht worden, so rede das Fragment von nichts weniger, als von einem Depositum an nicht vertretbaren Sachen, das wegen des gestatteten Gebrauchs in einen andern Contract übergehe. Eine s. g. privative Novation finde nur dann statt, wenn der Wille der Contrahenten, das bisherige Rechtsverhältniß aufzuheben und in ein neues umzuschaffen, klar sei; ferner (wo nicht das neue Rechtsverhältniß an sich selbst das alte zerstöre) jetzt bekanntlich nur dann, wenn die Partheien jenen Willen ausdrücklich aussprechen [44]). Bei der Verwandlung des Depositums in ein Mutuum haben die Gesetze immer aus dem stillschweigenden oder erklärten Willen der Contrahenten ihre Folgerungen gezogen; der animus novandi reiche hin, und ausdrückliche Worte seien selbst nach Justinian's Verordnung darum nicht erforderlich, weil das Mutuum an und für sich selbst ein rücksichtlich derselben fungibeln Gegenstände bestandenes Depositum aufhebe, beide mit einander unvereinbar seien. Ein solcher animus novandi lasse sich bei der Gestattung des Gebrauchs einer deponirten speciell bestimmten Sache nur in seltenen Fällen annehmen, und selbst in diesen Fällen sei jener animus novandi ohne ausdrückliche Worte nicht hinreichend, das alte Geschäft zu verdrängen, es sei denn, daß der hinzugetretene Gebrauch seiner Natur nach das Depositum zerstöre, z. B. wenn anfänglich ein Depositum eingegangen, nachher dem Depositar die Benutzung der deponirten Sache gegen einen Zins erlaubt worden: dann werde in den meisten Fällen das Depositum als aufgehoben und in einen Miethcontract verwandelt angesehen

44) c. 8. C. de novat. (8. 42.).

werden können, weil zu den Verbindlichkeiten eines Miethers die zur Aufbewahrung gehöre, die Miethe also an sich das Depositum aufhebe und darum der Wille, eine Novation vorzunehmen, zu seiner Vollgültigkeit ausdrücklicher Worte nicht bedürfe. — Dagegen können wir der Ansicht Neustetel's[45]), daß in andern Fällen der Gestattung des Gebrauchs einer deponirten speciell bestimmten Sache, in welchen eine Novation der erwähnten Art nicht vorliege, zu dem Depositum noch ein anderes Geschäft, z. B. ein Commodat, hinzutrete und dann beide Geschäfte vereint neben einander bestehen, nicht beistimmen; denn theils ist eine solche Vereinigung schon durch die vielfachen Verschiedenheiten zwischen dem Depositum und andern ein Recht des Gebrauchs des übergebenen Objects begründeten Geschäften, wovon später die Rede sein wird, ausgeschlossen, theils aber wird jene Ansicht durch die l. 76. pr. D. de furtis (47. 2.) entschieden widerlegt. Hier heißt es nämlich: „Qui re sibi commodata, vel apud se deposita, usus est aliter, atque accepit, si existimavit, se non invito domino id facere, furti non tenetur, sed nec depositi ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est, an non debuerit existimare id dominum permissurum.“ In diesem Gesetz ist nun ausgesprochen, daß, wenn jemand von einer ihm commodirten oder bei ihm deponirten Sache in einer andern als der ihm gestatteten Weise Gebrauch macht, jedoch in der Meinung, daß dieses mit Einwilligung des Commodanten oder Deponenten geschehe, jener zwar niemals (nämlich wegen des fehlenden dolus) ein furtum dadurch begehe, dagegen die Frage, ob deßhalb gegen ihn ein contractlicher Anspruch begründet sei, nach den Grundsätzen des vorliegenden Contractsverhältnisses beantwortet werden müsse, und daher bei dem erwähnten Depositum (weil hier der Depositar nur für dolus und culpa lata haftet) anders als bei dem Commodat (wo der Empfänger der Sache für omnis culpa

45) A. a. O. S. 26.

verantwortlich ist), zu entscheiden wäre. Daraus ergibt sich also, daß, wenn zu dem Depositum einer speciell bestimmten Sache die Gebrauchsgestattung hinzutritt, dennoch überhaupt und in Betreff des gemachten Gebrauchs insbesondere die Grundsätze des Depositums entscheiden, die über das Commodat geltenden aber nicht zur Anwendung kommen. — Diese Art des depositum irregulare überschreitet die Grenzen des gewöhnlichen Depositums in Betreff der Restitution in specie nicht, sondern nur insofern, als der Zweck der bloßen Aufbewahrung, auf den das gewöhnliche Depositum gerichtet ist, durch die hier vorliegende Gebrauchsgestattung verändert wird, und nähert sich daher dem commodatum in ähnlicher Weise wie das depositum irregulare der ersten Art, dessen Gegenstand fungible Sachen bilden, dem mutuum. Der Unterschied zwischen dem jetzt zu behandelnden depositum irregulare, welches sich durch die Gestattung des Gebrauchs der deponirten speciell bestimmten Sache auszeichnet, und dem commodatum war freilich im römischen Recht nicht von so erheblicher Bedeutung, wie der des depositum irregulare der ersten Art und des mutuum, und zwar aus dem Grunde, weil sowohl das commodatum als das depositum ein negotium bonae fidei war, das mutuum aber ein negotium stricti juris bildete. Dagegen sind aber diejenigen Unterschiede, welche schon im römischen Recht zwischen jenem depositum irregulare und dem commodatum bestanden, auch im practischen Recht im Wesentlichen unverändert geblieben. Diese sollen jetzt zunächst dargestellt werden. Das depositum irregulare, dessen Unregelmäßigkeit durch die Gestattung des Gebrauchs der deponirten speciell bestimmten Sache begründet wird, ist wesentlich auf den Nutzen des Gebers gerichtet, während das commodatum den Vortheil des Empfängers bezweckt. Aus diesem Grunde erklärt es sich insbesondere, daß auch bei diesem depositum irregulare, wie bei dem irregulären Depositum fungibler Sachen, und dem depositum regulare, das Rückforderungsrecht des Deponenten durch die Festsetzung eines Termins nicht beschränkt werden darf, wäh-

rend beim commodatum eine solche Beschränkung die Regel bildet und nur selten die entgegengesetzte Verabredung stattfindet. Ebenfalls von der verschiedenen Richtung des hier behandelten depositum irregulare und des commodatum ist ein fernerer Unterschied zwischen beiden Geschäften abhängig, welcher die Grenzen des Gebiets des casus und des Verschuldens in diesen Obligationsverhältnissen betrifft. Bei dem Vorzugsweise den Nutzen des Deponenten bezweckenden Depositum ist, wie bei dem depositum regulare, der Depositar nur für dolus und culpa lata verantwortlich, und jede dadurch nicht veranlaßte Vernichtung oder Verschlechterung des deponirten Gegenstandes wird als casus angesehen, und trifft als solcher nicht den Depositar, sondern den Deponenten. Bei dem commodatum dagegen, welches auf den Vortheil des Empfängers gerichtet ist, ist letzterer zur Aufwendung aller Sorgfalt, welche von einem ordentlichen Manne gefordert werden darf, verpflichtet, demnach für omnis culpa verantwortlich und dadurch das Gebiet des casus, welcher freilich auch hier den Geber trifft, bedeutend beschränkter als bei jenem Depositum. Es möchte freilich scheinen, daß die Rechtsregel, nach welcher in den auf den Vortheil beider Contrahenten gerichteten Geschäften und Rechtsverhältnissen jeder derselben für omnis culpa hafte, auch bei dem depositum irregulare der erwähnten Art den Satz rechtfertige, daß der Depositar, der hier den Nutzen des Gebrauchs habe, oder wenigstens haben könne, für omnis culpa verantwortlich sein müsse; allein wenn man bedenkt, daß jene Rechtsregel nur für wesentlich auf den Nutzen beider Contrahenten gerichtete Obligationsverhältnisse gilt, dagegen in solchen Obligationsverhältnissen, die in ihrer Grundrichtung den Nutzen eines Contrahenten verfolgen, für den andern aber nur zufällig vortheilhaft sind, keine Anwendung leidet, so erklärt es sich, warum die Gebrauchsgestattung bei dem hier behandelten depositum irregulare keine Veränderung der bei dem gewöhnlichen Depositum über den Grad der vom Depositar aufzuwendenden Sorgfalt und über das Gebiet des casus,

geltenden Grundsätze herbeiführen kann [46]). Nur in dem Fall, wenn bloß zum Nutzen des Depositars deponirt wird, wie in dem Fall der l. 4. c. f. D. de reb. cred. (12. 1.): „— — Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit", trägt der Depositar sogar das periculum in Betreff der deponirten species. Außer den schon angeführten, von der verschiedenen Richtung des Depositums und des Commodats abhängigen Momenten, wodurch sich das depositum irregulare der erwähnten Art von dem commodatum unterscheidet, sind noch folgende Verschiedenheiten anzuführen: 1) Gegen die auf Rückgabe der deponirten Sache gerichtete actio depositi kann weder ein Retentionsrecht noch ein Compensationsrecht, wenn auch die sonstigen Erfordernisse der Geltendmachung dieser Rechte vorhanden sind, durchgeführt werden [47]), während unter der erwähnten Voraussetzung der actio commodati directa sowohl die exceptio retentionis als die exceptio compensationis entgegensteht. 2) Die s. g. exceptio non numeratae pecuniae, welche in allen Fällen, wo in Privaturkunden der Empfang irgend einer fungibeln oder nicht fungibeln Sache eingestanden ist, deren Empfang den Grund oder wenigstens die wesentliche Voraussetzung eines Anspruchs

46) Cf. l. 76. pr. D. de furt. (47. 2.): „Qui re sibi commodata, vel apud se deposita, usus est aliter, atque accepit: si existimavit, se non invito domino id facere, furti non tenetur; sed nec depositi ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est, an non debuerit existimare id dominum permissurum."

47) C. 11. pr. C. depos. (4. 34.): „Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur; nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat; quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens; cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur"; cf. coll. leg. Mos. et Rom. tit. 10. §. 2. §. 30. J. de action. (4. 6.).

bildet und daher auch beim Commodat insbesondere stattfindet [48]), ist aber, wenn aus einem solchen schriftlichen Schuldbekenntniß auf die Rückgabe eines Depositums geklagt wird,

48) C. 14. pr. C. de non num. pec. (4. 30.): „In contractibus, in quibus pecuniae, vel aliae res, numeratae vel datae esse conscribuntur — —"; ibid. §. 2.: „— — si qua alterius cujuscunque contractus gratia; in quo numeratio pecuniarum, vel datio certarum specierum scripta est" etc., c. 3. C. de dote cauta non num. (5. 15.), vergl. Unterholzner im Arch. f. civ. Prax. VII. S. 30. §. 5. Für die Beschränkung der s. g. exceptio non numeratae pecuniae auf das Darlehn, welche angenommen wird von Glück, Comment. XII. §. 786. S. 99. §. 787. S. 174f.; Pfeiffer, vermischte Aufsätze. Nr. 3. §. 13.; Mühlenbruch, Pandekt. II. §. 376. u. A., und für die Beschränkung derselben auf die Realcontracte, mit Ausnahme des Depositums überhaupt, welche von Hansen im Archiv f. civ. Prax. IV. S. 45f. u. A. vertheidigt wird, sprechen auch nicht die dafür angeführten Gesetze, damit, aus den Worten der c. 5. C. de non. num. pec. (4. 30.): „— — Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur", läßt sich für jene Beschränkungen nichts folgern, weil „credita pecunia" eine viel weitere Bedeutung hat, als es zur Rechtfertigung jener Beschränkungen daraus haben müßte, cf. Gaji J. III. §. 124., und selbst unter Voraussetzung eines wenigstens hier vorliegenden engern Sinns, das argumentum a contrario auf dieses Rescript unanwendbar, und außerdem diese Constitution älter ist als die §. 14. cit., vergl. Unterholzner a. a. O. S. 12f.; 2) aus den fernern Worten der c. 5. cit.: „— — Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit", ergibt sich nur, daß, wenn die Urkunde die causa debendi als schon wirklich eingetreten in die vergangene Zeit bestimmt versetzt, dann die exceptio non num. pec. nicht zulässig sein soll, und dasselbe gilt von der c. 1. C. eod., vergl. Unterholzner a. a. O; 3) in der c. 11. C. de non num. pec. (4. 30.): „Si transactionis causa dare Palladio pecuniam stipulanti spopondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes", ist die (im Allgemeinen auch bei Stipulationsurkunden anwendbare c. IC. eodem §. 2. J. de except. (4. 13.), Unterholzner a. a. O. S. 32.) exceptio non numeratae pecuniae nur aus dem Grunde abgesprochen, weil hier die Zahlung einer vergleichsweise als existent anerkannten Schuld versprochen ist.

anwendbar [49]), obgleich dadurch, wie schon früher bemerkt, weder Gegenbeweis noch Einreden ausgeschlossen werden [50]). Dagegen ist diejenige Verschiedenheit des hier behandelten depositum irregulare vom commodatum, welche dadurch im römischen Recht veranlaßt wurde, daß bei jenem, nicht aber bei diesem Contractsverhältniß die Infamie als Folge der Verurtheilung, wenn wegen dolus des Depositars mit der actio depositi directa geklagt worden war, eintrat, jetzt weggefallen, und zwar aus dem schon oben angeführten Grunde, weil die römischen Bestimmungen über die Infamie weder in Betreff der Entstehungsgründe, noch der Wirkungen der letztern practisch anwendbar sind [51]).

Nachdem wir diejenigen Momente festzustellen gesucht haben, durch welche sich das commodatum in seinen Wirkungen unterscheidet von demjenigen depositum irregulare, dessen Unregelmäßigkeit durch die dem Depositar ertheilte Erlaubniß zum Gebrauch der deponirten Sache begründet wird, haben wir noch auf die Kriterien, durch welche sich die beiden genannten Rechtsgeschäfte von einander scheiden lassen, aufmerksam zu machen. Zunächst entscheidet hier natürlich die ausdrückliche Verabredung unter den Contrahenten. Wenn aber eine solche nicht vorliegt, so muß darauf gesehen werden, welche stillschweigende Verabredung sich aus den vorhandenen Umständen ergibt. Insbesondere darf in dem Fall, wenn ein Termin festgestellt ist, vor dessen Eintritt die Sache von dem Geber nicht zurückgefordert werden darf, angenommen werden, daß die Absicht der Contrahenten auf die Begründung eines Commodats gerichtet war. Wenn aber auch solche Verhältnisse nicht vorliegen, dann entscheidet über

---

49) c. 14. §. 1. C. de non num. pec. (4. 30.): „— — Ideoque sancimus, instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certae pecuniae, — — sive ex parte soluta esse conscribantur, — — nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.“

50) Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 24. 25. und 49.

51) Vergl. Savigny, System II. §. 83. S. 224 f.

die Natur des Geschäfts der Umstand, ob dasselbe vorzugsweise auf den Nutzen des Gebers oder den des Empfängers gerichtet ist; und während im ersten Fall ein Depositum begründet erscheint, muß im letzten das Dasein eines Commodats angenommen werden.

IV.

Ueber die Rechtskraft der Beweis-Interlocute.

Von

Herrn **von Pape,**
Oberappellationsrath zu Zelle.

Um die noch immer streitige Frage zu beantworten, ob und unter welchen Bedingungen Beweis-Interlocute die Rechtskraft beschreiten? scheint es zweckmäßig, mit dem Versuche zu beginnen, die Gesetze zusammenzustellen, welche im Allgemeinen den Unterschied zwischen den Rechtskraft fähigen Erkenntnissen und solchen richterlichen Verfügungen begründen, denen diese Eigenschaft mangelt.

Im römischen Rechte heißt der Urtheilsspruch des Richters, welcher nach versäumter oder erledigter Appellation unabänderlich wird, sententia, im Gegensatze anderer richterlicher Verfügungen.

l. 14. D. de re judicata (42., 1.):

> Quod jussit, vetuit ve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra [1]).

Damit der Spruch des Richters den Namen sententia verdiene und die Eigenschaft der Unabänderlichkeit (Rechtskraft) erlange, wird vorausgesetzt, daß er causa cognita,

1) Tit. C. sententiam rescindi non posse (7. 50.).